
Datum: 13.05.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Senat für Familiensachen
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 WF 82/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0513.2WF82.13.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bottrop, 19 F 181/13
Schlagworte: Verwirkung rückständigen Kindesunterhalts
Normen: § 242 BGB
Leitsätze:

1.

Die Annahme der Verwirkung – hier: rückständigen Kindesunterhalts – setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre (sog. Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und sich darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht auch künftig nicht mehr geltend machen (sog. Umstandsmoment).

2.

Im Falle der Titulierung künftig fällig werdender Kindesunterhaltsforderungen kann das Zeitmoment bereits nach dem Verstreichen lassen einer Frist von etwas mehr als einem Jahr als erfüllt anzusehen sein.

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 12.04.2013 wird der Verfahrenskostenhilfe versagende Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Bottrop vom 25.03.2013 abgeändert. Dem Antragsteller wird ratenfreie Verfahrenskostenhilfe bewilligt und zur vorläufig unentgeltlichen

<u>Gründe</u>	1
I.	2
Der Antragsteller ist der Vater des am 18.03.2002 geborenen Kindes E aus C2 (im Folgenden: das Kind). Durch Jugendamtsurkunde vom 16.09.2002, Urkunden-Nr. 102/2002, des Jugendamtes der Stadt C2 verpflichtete sich der Antragsteller zur Zahlung von Mindestkindesunterhalt an das Kind.	3
Die Antragsgegnerin ließ sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Jugendamtsurkunde vom 16.09.2002 unter dem 29.11.2011 erteilen und ließ einen Betrag in Höhe von 6.952,67 € für Unterhaltsrückstände für die Zeit vom 01.02.2006 bis 31.05.2011 gegen den Antragsteller vollstrecken, indem es das Gehalt des Antragstellers durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Gladbeck vom 14.02.2013, zugestellt am 28.02.2013, 13 M 136/13, pfändete.	4
Der Antragsteller hat bestritten, dass die Antragsgegnerin tatsächlich Leistungen an das Kind erbracht habe. Die Pfändung sei daher für unzulässig zu erklären. Da Unterhaltsansprüche für die Zeit von 2006 bis 2011 geltend gemacht würden, sei ein entsprechender Anspruch verwirkt. Insofern genüge die Untätigkeit für ein Jahr im Regelfall, um einen Unterhaltsanspruch als verwirkt zu erachten. Überdies sei er – obwohl er stets in H gewohnt habe und seit 2007 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei – nicht mit rückständigen Unterhaltsansprüchen konfrontiert worden. Auch habe er tatsächlich Zahlungen an die Kindesmutter erbracht. Insofern sei ihm auch nicht bekannt, wie sich die Rückstände zusammensetzten, da dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss keine Forderungsaufstellung beigelegt gewesen sei.	5
Der Antragsteller hat beantragt, ihm Verfahrenskostenhilfe für die Anträge zu bewilligen,	6
<ul style="list-style-type: none"> • 1 die Zwangsvollstreckung aus der Jugendamtsurkunde der Stadt C2 vom 16.09.2002, Urkundenregisternummer 102/2002, in zweiter vollstreckbarer Ausfertigung vom 08.12.2011 in Höhe eines Betrages von 6.952,67 € für unzulässig zu erklären und 	7
<ul style="list-style-type: none"> • 2 im Wege der einstweiligen Anordnung die Zwangsvollstreckung aus der Jugendamtsurkunde der Stadt C2 vom 16.09.2002, Urkundenregisternummer 102/2002, in zweiter vollstreckbarer Ausfertigung vom 08.12.2011 einstweilen bis zur Entscheidung in der Hauptsache – hilfsweise gegen Sicherheitsleistung – einzustellen. 	9
Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 25.03.2013 den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Anspruch nicht verwirkt sei, da § 1585b Abs. 3 BGB ausdrücklich nicht für den Minderjährigenunterhalt gelte und als Ausnahmevorschrift einer Analogie nicht zugänglich und – unter Beachtung des Rechtsgedankens des § 207 BGB - nichts zu einer Verwirkung vorgetragen sei. Mit weiterem Beschluss vom 25.03.2013 hat es unter Verweis auf den Inhalt des vorangehenden Beschlusses den Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen.	10

Gegen den Verfahrenskostenhilfe versagenden Beschluss richtet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde. Er rügt, das Amtsgericht habe verkannt, dass mit der Untätigkeit von einem Jahr das Zeitmoment erfüllt sei. Damit aber sei ihm vermittelt worden, dass der Unterhaltsgläubiger nicht bedürftig sei. Der Verweis auf § 207 BGB gehe fehl, da sich der Einwand der Verwirkung aus § 242 BGB ableite. Überdies vertieft er seinen Vortrag zu den Unterhaltsleistungen an die Kindesmutter und verweist erneut darauf, dass ihm eine Forderungsaufstellung nicht vorliege.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit am 22.04.2013 erlassenen Beschluss mit der ergänzenden Begründung, dass allein der Zeitablauf unzureichend, der Erfüllungseinwand nicht dargetan sei und der Antragsteller sich gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wenden könne, nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 12

II. 13

Die nach den §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 127 Abs. 2 ZPO, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zulässige sofortige Beschwerde des Antragstellers ist begründet. 14

1. 15

Zutreffend hat der Antragsteller zunächst darauf abgestellt, dass § 767 ZPO gemäß § 120 Abs. 1 FamFG auf die Vollstreckung in Familienstreitsachen anwendbar ist (vgl. OLG Thüringen, Beschluss vom 12.04.2012 - 1 UF 648/11 - FamRZ 2012, 1662; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2011 - II-8 WF 160/11 - FamRZ 2012, 993; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 09.09.2010 - 6 UF 29/10 - MDR 2011, 168). Einwendungen des Antragstellers gegen festgestellte materielle Leistungsansprüche sind mit der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO geltend zu machen, gleichgültig, ob diese Einwendungen rechtsvernichtend - wie hier die Teilerfüllung oder der Einwand der Verwirkung- oder nur rechtshemmend sind. 16

2. 17

Dass die Vollstreckungsgegenklage deswegen insgesamt unzulässig geworden wäre, weil die Vollstreckung bereits erfolgt und damit allein eine Leistungsklage in Form einer verlängerten Vollstreckungsgegenklage nach Bereicherungsgrundsätzen möglich ist, ist nicht feststellbar. 18

3. 19

Der Antragsteller hat auch schlüssig dargetan, dass die in der Jugendamtsurkunde der Stadt C2 vom 16.09.2002, Urkundenregisternummer 102/2002 titulierten Unterhaltsansprüche für die von dem Antragsteller geltend gemachten Zeiträume auf Grund von Verwirkung (§ 242 BGB) untergegangen oder jedenfalls nicht mehr ausübbar sein könnten. 20

a) 21

Rückständiger Unterhalt kann grundsätzlich der Verwirkung unterliegen, wenn sich seine Geltendmachung unter dem Gesichtspunkt illoyal verspäteter Rechtsausübung als unzulässig darstellt. Die Verwirkung ist insoweit ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens. Sie setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre (sog. Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf 22

einrichten durfte und sich darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht auch künftig nicht mehr geltend machen (sog. Umstandsmoment). Insofern gilt für Unterhaltsrückstände nichts anderes als für andere in der Vergangenheit fällig gewordene Ansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2002 - XII ZR 266/99 - FamRZ 2002, 1698). Vielmehr spricht gerade bei derartigen Ansprüchen vieles dafür, an das sog. Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen seien.

Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, muss eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Andernfalls können Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531). Abgesehen davon sind im Unterhaltsverfahren die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Beteiligten nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2011 - 13 WF 129/11 - FamRZ 2012, 993). Diese Gründe, die eine möglichst zeitnahe Geltendmachung von Unterhalt nahelegen, sind so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531; BGH, Urteil vom 23.10.2002 - XII ZR 266/99 - FamRZ 2002, 1698). Denn der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes verdient bei Unterhaltsrückständen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit besondere Beachtung, wie sich beim Ehegattenunterhalt nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1585b Abs. 3, 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit ableiten lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 09.09.2010 - 6 UF 29/10 - MDR 2011, 168).

b) 24

Diese Erwägungen sind auch für den hier verfahrensgegenständlichen Kindesunterhalt grundsätzlich übertragbar (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2011 - 13 WF 129/11 - FamRZ 2012, 993; OLG Oldenburg, Beschluss vom 18.11.2012 - 13 UF 77/12 - JAmt 2013, 114; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 09.09.2010 - 6 UF 29/10 - MDR 2011, 168). Im vorliegenden Fall wird der gesetzliche Mindestunterhalt geltend gemacht. Es müssen mithin besondere Gründe für das Vorliegen des Zeit- und Umstandsmomentes bestehen, weil der Antragsgegner vor Zeitablauf nicht damit rechnen kann, dass das minderjährige Kind nicht auf den Unterhalt in dieser Höhe angewiesen ist (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2011 - 13 WF 129/11 - FamRZ 2012, 993; OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.03.2010 - 13 WF 41/08; Viefhues in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 1613 BGB Rn. 252). Sind - wie hier - die Ansprüche erst nach ihrer Titulierung fällig geworden, ist auch hier zu erwarten, dass der Unterhaltsgläubiger seine Ansprüche zeitnah durchsetzt (vgl. BGH, Beschluss vom 16.06.1999 - XII ZA 3/99 - FamRZ 1999, 1422). Denn auch bei Vorliegen einer titulierten Forderung können ansonsten Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531). Mithin kann auch im Falle der Titulierung künftig fällig werdender Unterhaltsforderungen das Zeitmoment bereits nach dem Verstreichenlassen einer Frist von etwas mehr als einem Jahr als erfüllt anzusehen sein (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2011 - 13 WF 129/11 - FamRZ 2012, 993).

Dies gilt nur dann nicht, wenn Vollstreckungsversuche angesichts der finanziellen Situation des Antragstellers als Vollstreckungsschuldners voraussichtlich erfolglos geblieben wären; in diesem Fall ist das Umstandsmoment regelmäßig zu verneinen (vgl. OLG Oldenburg, 26

Beschluss vom 18.11.2012 - 13 UF 77/12 - JAmt 2013, 114; OLG Oldenburg, Beschluss v. 23.08.2011 - 13 UF 16/11 - OLG Oldenburg, Beschluss vom 18.11.2012 - 13 UF 77/12 - JAmt 2013, 114; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 09.09.2010 - 6 UF 29/10 - MDR 2011, 168). Vorliegend indes ist weder vorgetragen noch anderweitig erkennbar, dass Vollstreckungsversuche gegen den Antragsteller zuvor unternommen worden wären. Im Gegenteil: nach dem Vortrag des Antragstellers sei er bereits seit 2007 bei seinem jetzigen Arbeitgeber beschäftigt gewesen, ohne dass er wegen rückständigen Unterhalts in Anspruch genommen worden wäre. Dann aber ist nicht auszuschließen, dass die hier verfahrensgegenständlichen Unterhaltsansprüche verwirkt sein könnten, weil das Zeitmoment vorliegend erfüllt sein könnte, da zwischen dem zuletzt gemachtem Unterhalt für Mai 2011 bis zum Erwirken des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses am 14.02.2013 und dessen Zustellung am 28.02.2013 fast zwei Jahre vergangen sind. Dasselbe gilt für das Umstandsmoment. Dieses ist bei einer wie hier titulierten Forderung bereits dann zu bejahen, wenn keine Vollstreckungsmaßnahmen durchgeführt werden, obwohl eine Vollstreckung möglich wäre. Nach dem bislang unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Antragstellers sei er bereits seit 2007 bei seinem jetzigen Arbeitgeber beschäftigt gewesen. Dann aber wäre – ebenso wie derzeit – ein Vollstreckungsversuch nicht von vornherein aussichtslos gewesen. Es ist mithin nach dem Vortrag des Antragstellers davon auszugehen, dass weder die Antragsgegnerin noch das Kind Vollstreckungsversuche gegen den Antragsteller wegen der hier in Rede stehenden Unterhaltsansprüche unternommen haben. Nach alledem könnte das Umstandsmoment schon im Hinblick darauf erfüllt sein, dass die Antragsgegnerin keine Vollstreckungsversuche unternommen hat. Dies wird mithin im Hauptsacheverfahren zu klären sein.

c) 27

Der vom Amtsgericht bemühte Rechtsgedanke des § 207 BGB streitet diesen grundsätzlichen Erwägungen nicht zuwider. Ungeachtet einer etwaigen Hemmung der Verjährung tritt nach § 197 Abs. 2 BGB bei künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB, um eben das Anwachsen von Rückständen zu verhindern, die den Schuldner wirtschaftlich gefährdeten (BGH, Urteil vom 10.12.2003 - XII ZR 155/01 - FamRZ 2004, 531). Überdies wird der Mindestunterhalt vorliegend nicht durch das Kind selbst, sondern durch die Antragsgegnerin geltend gemacht, so dass – selbst im Falle einer Rückübertragung etwaig übergegangener Ansprüche - § 207 BGB keine Anwendung fände (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 18.11.2012 - 13 UF 77/12 - JAmt 2013, 114).

d) 29

Soweit der Antragsteller behauptet hat, er habe Zahlungen an die Kindesmutter erbracht und hierzu mit der Beschwerde behauptet, er habe für seine Leistungen teilweise Quittungen erhalten, die auf den „01.05.2008“, „01.06.2008“ und „01.07.2008“ datieren, streitet dies einer möglichen Verwirkung nicht zwingend zuwider.

Hat er für den mittels Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vermeintlich geltend gemachten Zeitraum Leistungen erbracht, so räumt der Antragsteller damit zwar selbst ein, dass tatsächlich Unterhaltsansprüche geltend gemacht worden seien. Hierfür streitet auch der jeweilige Wortlaut der „Quittungen“, wonach auf den „Unterhalt gezahlt“ worden ist. Indes ist beachtlich, dass dies allein das Jahr 2008 betrifft. Ob er hingegen auch für den weiteren verfahrensgegenständlichen Zeitraum Zahlungen auf die titulierte Unterhaltsforderung erbracht hat und er deswegen davon ausgehen musste, das Kind werde Unterhaltsansprüche auch weiterhin geltend machen, so dass das Umstandsmoment nicht erfüllt sein könnte, ist

ebenfalls im Hauptsacheverfahren zu klären. In diesem Zusammenhang wird sich das Familiengericht damit auseinandersetzen zu haben, ob im Falle einer annähernd zweijährigen Untätigkeit das Zeitmoment so gewichtig worden sein könnte, dass an das Umstandsmoment entsprechend geringere Anforderungen gestellt werden können.

4.	32
Von diesen Maßstäben ausgehend erscheint nach dem bisherigen Sach- und Streitstand das unter Beweis gestellte Antragstellervorbringen schlüssig für eine Verwirkung (§ 242 BGB) der titulierten Unterhaltsansprüche im geltend gemachten Zeitraum.	33
III.	34
Eine Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nach den §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, 127 Abs. 4 ZPO nicht veranlasst.	35